

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 322

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbesteding gehouden voor de uitvoering van het beheer van de studentenhuisvesting die door beklagde wordt verhuurd.
- 1.2. Gunningscriterium is het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Het door beklagde toegepaste beoordelingsmodel is "Gunnen op Waarde". Dit model wordt in paragraaf 3.4.1 ("Principe van Gunnen op Waarde") van de Aanbestedingsleidraad als volgt beschreven:

'Gunnen op Waarde' gaat uit van de Offerteprijs in € (P) en de gescoorde Totale Meerwaarde voor Kwaliteit in € (MwTot) van de Inschrijving. De Offerteprijs wordt verminderd met de gescoorde totale Meerwaarde. Het resultaat is de Evaluatieprijs in € (EP).

$$EP = P - MwTot$$

De Inschrijver met de laagste Evaluatieprijs heeft de Economische Meest Voordeelige Inschrijving.

Per kwaliteitscriterium is vooraf door [Beklaagde] de Maximale Meerwaarde (MwMax) vastgesteld. De som van alle MwMax'en is de Maximale Totale Meerwaarde (MwMaxTot). Voor deze aanbesteding gelden de volgende bedragen:

Criterium	MwMax (€)
Beheer	€ 40.000,--
Facilitair technisch onderhoud	€ 20.000,--
Facilitair schoonmaak	€ 20.000,--
CV beheerder	€ 20.000,--
Totaal (MwMaxTot)	€ 100.000,--

Bij de beoordeling van elke Inschrijving bepaalt de projectgroep de gescoorde Meerwaarde per kwaliteitscriterium (Mw) als volgt.

De kwaliteitscriteria bestaan uit een aantal vragen/wensen. De leden van de projectgroep geven per vraag een cijfer tussen 0 en 4:

Beoordeling	Score
Maximale meerwaarde	4
Zeer goede meerwaarde	3
Goede meerwaarde	2
Beperkte meerwaarde	1
Geen meerwaarde	0

De beoordeling van de leden van de projectgroep worden vervolgens gemiddeld per vraag. Hieruit wordt per vraag/wens de gescoorde Meerwaarde berekend volgens:

$$Mw = \text{gemiddelde cijfer} \times MwMax / 4$$

Daarna worden de gescoorde Meerwaardes van alle vragen/wensen bij elkaar opgeteld, wat resulteert in een gescoorde meerwaarde voor een kwaliteitscriterium. Hetzelfde gebeurt voor alle andere kwaliteitscriteria. De som van de gescoorde Meerwaardes van de criteria vormt de totale Meerwaarde (MwTot) voor Kwaliteit.

De Evaluatieprijs (EP) wordt berekend door de Offerteprijs te verminderen met de MwTot:

$$EP = P - MwTot$$

De inschrijver met de laagste Evaluatieprijs heeft de Economische Meest Voordeelige Aanbieding.'

- 1.3. In paragraaf 2.25 ("Presentatie dienstverlening") van de Aanbestedingsleidraad is het volgende bepaald:

'Een presentatie van de aangeboden dienstverlening wordt gebruikt ter toetsing van de Inschrijvingen. Uitsluitend de Inschrijvers die voldoen aan de selectiecriteria De presentatie kan ertoe leiden dat de beoordeling van de Inschrijvingen wordt bijgesteld.

De beoordelingsgroep van [Beklaagde] bestaat vermoedelijk uit 4 personen.

In deze paragraaf staan de randvoorwaarden waaraan deze presentatie dient te voldoen.

- Duur: maximaal anderhalf uur
- Tijdstip: (tijdstip zal later bekend gemaakt worden)
- Locatie: locatie van [Beklaagde]
- [Beklaagde] zal met vermoedelijk vier medewerkers aanwezig zijn, doch met maximaal zes
- De mogelijk toekomstige accountmanager en beheerder zijn verantwoordelijk voor de presentatie

In de presentatie moeten de volgende punten aan de orde komen:

1. Toelichting op / een verduidelijking van de Inschrijving door Inschrijver
2. Bespreking van antwoorden van Inschrijver op de in de Aanbestedingsstukken gestelde wensen.

De Inschrijver dient zich tijdens de bedrijfspresentatie te onthouden van verdere acquisitie-activiteiten.'

- 1.4. In de Nota van Inlichtingen zijn voor zover relevant de volgende vragen gesteld en beantwoord:

- 1.4.1. 'Vraag 53: Er ontbreekt een deel van de zin "Uitsluitend de Inschrijvers die voldoen aan de selectiecriteria..... De presentatie kan ertoe leiden." Wat hoort daar te staan?'

Antwoord: hiet moet de volgende zinsnede staan: Uitsluitend de Inschrijvers die voldoen aan de selectiecriteria en daarnaast op basis van de gunningscriteria nog in aanmerking kunnen komen voor gunning, zullen verzocht worden een presentatie te verzorgen. De presentatie kan ertoe leiden dat de primaire beoordeling van de inschrijving wordt bijgesteld, indien blijkt dat bepaalde wensen beter dan wel niet geheel kunnen worden waargemaakt zoals opgenomen in de Inschrijving.'

- 1.4.2. Vraag 55: Er wordt aangegeven dat de mogelijk toekomstige accountmanager en beheerder verantwoordelijk zijn voor de presentatie. Is het toegestaan dat er nog een derde persoon bij de presentatie aanwezig is, die op strategisch niveau verantwoordelijk is voor het beheer van de studentenwoningen? Tevens verzoeken wij u vriendelijk om de presentatie eventueel te verzetten na 18 oktober 2015. Onze beheerder die verantwoordelijk is voor de presentatie is helaas met vakantie van 10 oktober tot en met 18 oktober 2015.

Antwoord: De presentaties zijn gepland op maandag 19 en dinsdag 20 oktober en zullen niet verzet worden. [Beklaagde] heeft er geen bezwaar tegen als een derde persoon mee komt. De nadruk bij de presentatie dient evenwel te liggen op de personen die belast zijn met de uitvoering van de dienstverlening.'

- 1.5. Klager heeft een inschrijving gedaan.

- 1.6. Op 15 oktober 2015 heeft beklaagde aan klager een email gestuurd met de volgende inhoud:

'Geachte [...]

Hierbij deel ik u mede dat [Klager] wordt uitgenodigd om in het kader van de aanbesteding Beheer Studentenhuisvesting een verificatie- presentatie te verzorgen op dinsdag 20 oktober 2015.

De presentatie dient in ieder geval verzorgd te worden door de mogelijk toekomstige accountmanager en de beheerder. De totale tijdsduur is maximaal 60 minuten. Daarvan is ongeveer 30 minuten beschikbaar voor het geven van één presentatie, bestaande uit:

- Een toelichting op / een verduidelijking van de Inschrijving
- Bespreking van antwoorden van Inschrijver op de in de Aanbestedingsstukken gestelde wensen.

De overige 30 minuten worden gebruikt om nadere vragen te stellen. Een beamer is in de zaal aanwezig.

Bij de presentaties is het beoordelingsteam met vier personen aanwezig.'

- 1.7. Klager heeft op 19 oktober 2015 per email het volgende antwoord gegeven op de voorgaande email van beklaagde:

'Geachte [...],

Bedankt voor de uitnodiging om onze inschrijving toe te mogen lichten morgen om 10 uur. Gezien echter ons telefonisch contact hierover heb ik met de betrokkenen overleg gevoerd en zijn wij tot de conclusie gekomen geen gebruik te maken van de uitnodiging.

Veel succes gewenst bij de beoordeling van de inschrijvingen.

Met vriendelijke groet,  
[...]

- 1.8. Beklaagde heeft op 28 oktober 2015 per e-mail een mededeling van de gunningsbeslissing aan klager gestuurd. Daarin verwijst zij klager voor een overzicht van de resultaten van de beoordeling van de inschrijvingen naar het Negometrix-platform. Het bedoelde overzicht is aldaar als volgt weergegeven:

<b>Vergelijkingstabel</b>					
<b>PRIJS / KWALITEIT</b>	<b>AANMELDINGEN/ INSCHRIJVINGEN</b>	<b>PRIJS</b>	<b>KWALI-TEITSSCORE</b>	<b>FICTIEVE TOTAALPRIJS</b>	<b>AFSTAND TOT NR. 1</b>
<b>1</b>	[...]	€263.548,00	€82.500,00	€181.048,00	€0,00
<b>2</b>	[Klager]	€200.000,00	€2.500,00	€197.500,00	€16.452,00
<b>3</b>	[...]	€275.000,00	€68.750,00	€206.250,00	€25.202,00
<b>4</b>	[...]	€280.000,00	€38.750,00	€241.250,00	€60.202,00

## **2. Beschrijving klacht**

- 2.1. Klager stelt dat haar op 15 oktober 2015 door beklaagde telefonisch werd medegedeeld dat zij geen kans op gunning maakte, waardoor het niet zinvol zou zijn om deel te nemen aan de presentatie. Klager ging op dat moment uit van de juistheid van de mededeling van beklaagde, en leidde uit de mededeling af dat het verschil in beoordeling tussen klager en de andere inschrijvers dermate groot was dat het puntenverschil enkel theoretisch nog in te halen zou zijn bij een presentatie. Na intern overleg besloot klager niet deel te nemen aan de presentatie, omdat de kans op gunning verkeken zou zijn.
- 2.2. Uit de mededeling van de gunningsbeslissing van 28 oktober 2015 bleek echter dat klager nipt als tweede inschrijver is geëindigd, achter de inschrijver die thans de opdracht al sinds enige jaren in uitvoering heeft.
- 2.3. De positie van klager bleek bij nader inzien zeker niet kansloos. Slechts een kleine bijstelling van een beoordeling zou al hebben kunnen leiden tot gunning aan klager. De enige reden waarom klager niet heeft meegedaan aan de presentatie, was de – onjuiste – mededeling van beklaagde dat klager geen kans meer zou maken. Klager is hierdoor actief ontmoedigd om deel te nemen aan de presentatie, waardoor zij nipt als tweede inschrijver is geëindigd. Indien de mededeling was uitgebleven, had klager wel meegedaan aan de presentatie. De kans was dan aanzienlijk geweest dat haar score positief was bijgesteld (conform het bestek), waardoor zij als winnende inschrijver zou zijn geëindigd.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Conform paragraaf 2.25 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.3 hiervoor) en de beantwoording van vraag 53 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.4.1 hiervoor), komen voor de presentatie in aanmerking "de Inschrijvers die voldoen aan de selectiecriteria en daarnaast op basis van de gunningscriteria nog in aanmerking kunnen komen voor gunning". De presentatie kan als gevolg hebben dat "de primaire beoordeling van de inschrijving wordt bijgesteld, indien blijkt dat bepaalde wensen beter dan wel niet geheel kunnen worden waargemaakt zoals opgenomen in de Inschrijving".
- 3.2. Klager heeft haar inschrijving vrij summier opgesteld, waardoor zij laag is beoordeeld voor de kwaliteitscriteria. Vrij summier, maar wel "to the point" en de vraagstelling precies volgend, juist met in gedachten een presentatie in het verschiet waarbij een verdere uitdieping en motivatie van de ingediende stukken en prijs kon worden verstrekt. In die presentatie had klager eenvoudig kunnen laten zien dat bepaalde wensen wel degelijk kwalitatief uitstekend zouden kunnen worden uitgevoerd. Vanwege de zeer lage score op het gebied van de "meerwaarde", had klager in haar presentatie slechts op kleine punten moeten aangeven dat bepaalde wensen beter konden worden waargemaakt ten opzichte van de huidige uitvoeringswijze, om zo tot een score te komen die zou hebben geleid tot voorlopige gunning.

- 3.3. In de reactie op de klacht van klager wordt door het klachtenloket van beklaagde aangegeven dat het de eigen keuze van klager is geweest om niet deel te nemen aan de presentatie. Beklaagde gaat hierbij echter geheel voorbij aan het feit dat klager deze keuze louter gebaseerd heeft op de (onjuiste) mededeling van beklaagde. Het kan wat klager betreft niet zo zijn dat beklaagde een dergelijke onjuiste mededeling doet, en vervolgens geen enkele verantwoordelijkheid neemt als inschrijvers afgaan op de juistheid van haar mededeling.
- 3.4. Voorts geeft beklaagde (en haar klachtenloket) aan dat de presentatie slechts een verificatiepresentatie betrof. In de Nota van Inlichtingen is echter expliciet aangegeven dat de inschrijving zowel positief als negatief kan worden bijgesteld naar aanleiding van de presentatie. Op geen moment heeft beklaagde ontkend dat de beoordeling naar aanleiding van de presentatie kon worden bijgesteld. Klager ziet dan ook niet in waarom beklaagde nu lijkt te ontkennen dat de beoordeling kon worden bijgesteld door enkel te stellen dat het slechts een verificatiepresentatie betrof. Ook indien de presentatie niet had kunnen leiden tot een hogere score voor klager, zou dit nog betekenen dat beklaagde zich niet heeft gehouden aan de aangegeven procedure.
- 3.5. Door de onjuiste mededeling van de beklaagde dat klager geen kans zou maken op gunning, heeft klager niet deelgenomen aan de presentatie. Klager is hiermee actief ontmoedigd om een presentatie te geven waarin haar beoordeling kon worden bijgesteld, waardoor beklaagde niet alle inschrijvers gelijk heeft behandeld.

#### **4. Reactie beklaagde**

- 4.1. Zoals te doen gebruikelijk is tussen inschrijvers die nog in aanmerking kwamen voor gunning en beklaagde telefonisch contact geweest, teneinde tot een passende dagindeling te komen voor de presentaties. Aldus is er ook contact geweest met klager. Beklaagde erkent dat in dat gesprek is aangegeven dat het beoordelingsteam van beklaagde de kwaliteit van de inschrijving van klager zwaar onvoldoende vond en laag had beoordeeld en dat het aan klager werd overgelaten te beoordelen of zij aan de verificatiepresentatie wilde deelnemen. Beklaagde benadrukt dat de beslissing om geen presentatie te komen verzorgen een beslissing van klager zelf is geweest.
- 4.2. In haar klachtomschrijving gaat klager verder in op de uiteindelijke ranking van inschrijvers, waar klager volgens haar "nipt" tweede is geworden. Beklaagde kan het verschil in meerwaarde van de inschrijving van de partij aan wie de opdracht gegund is en die van klager niet "nipt" noemen. De inschrijving van klager heeft slechts op één van de vier gunningscriteria zeer beperkt meerwaarde gekregen. Het is dan ook onjuist te veronderstellen dat een kleine bijstelling van de beoordeling tot gunning aan klager had kunnen leiden. De presentatie had tot doel te verifiëren of hetgeen inschrijvers op papier beloofden ook in de praktijk konden laten zien, zoals ook is opgenomen in de Aanbestedingsleidraad onder paragraaf 2.25, waarin is opgenomen dat "een presentatie van de aangeboden dienstverlening wordt gebruikt ter toetsing van de inschrijvingen". Vaststaat dat de papieren inschrijving is beoordeeld en hiermee was meerwaarde te behalen. De presentatie was nadrukkelijk geen gunningscriterium en is ook niet beoordeeld. Een presentatie die tot doel heeft de inschrijving te verifiëren kan altijd aanleiding geven de beoordeling van de inschrijving bij te stellen, dat is inherent aan een verificatie, maar een dergelijke presentatie is geen nieuwe beoordeling van de inschrijving. Uit de klachtomschrijving van klager maakt beklaagde op dat de strategie achter de inschrijving van klager kennelijk zo was om een (zeer) summiere inschrijving in te dienen en deze inschrijving vervolgens in een presentatie verder

uit te diepen en te motiveren, waarmee klager dan kon aantonen dat bepaalde wensen uitstekend zouden kunnen worden uitgevoerd. Maar dat laatste had klager bij de papieren inschrijving moeten doen. Daarnaast is het op zijn minst opmerkelijk te noemen dat klager afziet van het doen van een presentatie als dat nu juist onderdeel was van haar kennelijke inschrijvingsstrategie.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbesteding heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012.
- 5.2. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt. De Commissie zal toetsen of beklagde deze regel heeft geschonden.
- 5.3. Niet in geschil tussen partijen is dat beklagde na de schriftelijke uitnodiging tot de presentatie een telefonische mededeling over de inschrijving van klager heeft gedaan die niet anders dan zeer negatief kan worden geduid. Beklaagde beschrijft die mededeling desgevraagd aan de Commissie letterlijk als volgt: 'In dit gesprek is aangegeven dat het beoordelingsteam de kwaliteit van de inschrijving van [klager] zwaar onvoldoende vond en laag had beoordeeld en dat het aan klager wordt overgelaten te beoordelen of zij voor een verificatiepresentatie naar [locatie beklagde] wilde komen' (zie 4.1 hiervoor).
- 5.4. De Commissie overweegt dat uit de combinatie van de woorden "zwaar onvoldoende" en "aan [klager] overgelaten te beoordelen" de sterke suggestie uitgaat dat het geven van een presentatie tijdsverspilling zou zijn. Een dergelijke suggestie is naar het oordeel van de Commissie voorbarig in het stadium van de procedure waarin nog een verificatie van de inschrijvingen moest plaatsvinden. Tijdens die presentatie zou immers kunnen blijken dat er beoordelingsfouten zijn gemaakt die aanleiding geven tot bijstelling van de scores van klager. Ook zou er tijdens de presentatie van de als eerste gerangschikte inschrijver kunnen blijken dat er beoordelingsfouten zijn gemaakt – of zelfs dat deze ongeldig heeft ingeschreven.
- 5.5. De Commissie is van oordeel dat beklagde met haar telefonische mededelingen aan klager het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden. Dat beginsel, in samenhang met het daarvan afgeleide transparantiebeginsel, heeft immers tot doel elk risico van favoritisme en willekeur van de aanbestedende dienst uit te bannen (in deze zin: HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P, Commissie/CAS Succhi di Frutta, r.o. 111). Dat risico op ongelijke behandeling is reëel wanneer aan inschrijvers voorafgaand aan de presentatie mondeling mededelingen worden gedaan over de resultaten van de beoordeling van hun inschrijvingen. Duidelijk is immers dat niet aan alle inschrijvers dezelfde mededelingen zijn gedaan als aan klager. En zelfs als er maatregelen worden getroffen om ongelijke behandeling te voorkomen, is – tenzij de gesprekken worden opgenomen – niet controleerbaar of aan alle inschrijvers precies dezelfde mededelingen zijn gedaan.
- 5.6. Die controleerbaarheid van de handelingen van de aanbestedende dienst is een belangrijke eis van het aanbestedingsrecht, die door het Hof van Justitie EU als volgt onder woorden wordt gebracht (HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00, SIAC, r.o. 37:

'Voorts omvat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd (zie, naar analogie, ar-

rest van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S, C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 31).

- 5.7. Het handelen van beklagde druist in tegen deze verplichting tot transparantie, reeds omdat niet gecontroleerd kan worden of en wat zij aan andere inschrijvers telefonisch heeft meegedeeld.
- 5.8. De klacht is derhalve gegrond.
- 5.9. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
- 5.10. De Commissie is van oordeel dat elke redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver uit de Aanbestedingsleidraad, de Nota van Inlichtingen en de schriftelijke uitnodiging tot het geven van een presentatie moet hebben begrepen dat het daarbij uitsluitend ging om een verificatie. In paragraaf 2.25 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.3) wordt immers meegedeeld dat deze dient 'ter toetsing van de Inschrijvingen'. In het antwoord op vraag 53 van de Nota van Inlichtingen (zie 1.4.1) wordt meegedeeld dat 'De presentatie kan ertoe leiden dat de primaire beoordeling van de inschrijving wordt bijgesteld' en in de email aan klager met de uitnodiging voor de presentatie (zie 1.6) wordt gesproken over 'verificatiepresentatie'.
- 5.11. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager ten onrechte hoge verwachtingen heeft gekoesterd omtrent de mogelijkheden om haar scores te verbeteren met een goede presentatie. Een verificatie heeft uitsluitend tot doel te toetsen of de beoordelingscommissie in haar eerste beoordeling de juiste feiten heeft vastgesteld en de teksten van de inschrijver correct heeft geïnterpreteerd. Alleen wanneer er aantoonbare vergissingen zijn begaan bij de eerste beoordeling, bestaat de mogelijkheid van bijstelling. Overigens had beklagde dat duidelijker kunnen verwoorden in de Aanbestedingsleidraad en in de Nota van Inlichtingen, maar voor de goede verstaander moet dat toch wel duidelijk zijn geweest.

## 6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

## 7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 4 maart 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid